

# ARGUMENTEN VOOR EN TEGEN CONSTITUTIONELE TOETSING

Dit opstel gaat over een staatsrechtelijk onderwerp, constitutionele toetsing. Daaronder wordt verstaan rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet, een gang van zaken dus die in art. 120 van de Grondwet wordt verboden, vóór 1983 zelfs met de bekende slagzin 'De wetten zijn onschendbaar'. Maar hoewel het hierbij gaat om een staatsrechtelijk onderwerp beoogt dit opstel mede gebruik te maken van een soort literatuur die in de staatsrechtelijke discussie over toetsing minder belicht is: politicologische en filosofische literatuur. Het is vooral de bedoeling tot een bespreking te komen van de argumenten vóór en tegen constitutionele toetsing door deze wat diepgravender te analyseren dan doorgaans geschiedt in de positiefrechtelijke staatsrechtelijke literatuur. Staatsrechtsgeleerden die zich hebben gemengd in de discussie over constitutionele toetsing hebben de neiging begrippen als 'democratie', 'rechtszekerheid' en de 'trias-leer' op een nogal onproblematische manier te hanteren. Alsof het volstrekt duidelijk zou zijn wat hiermee bedoeld wordt. Dat is echter allerm minst het geval, zoals blijkt wanneer men ziet dat bijvoorbeeld de Amerikaanse voorstanders van constitutionele toetsing zich even overtuigd op de democratie beroepen als de tegenstanders van toetsing in Europa. Het lijkt dus interessant aan de orde te stellen vanuit welk democratisch model de verschillende gesprekspartners redeneren.

We kunnen met betrekking tot de vraag naar constitutionele toetsing twee soorten argumenten onderscheiden: pragmatische en principiële.

Wat betreft de principiële argumenten worden vooral aangevoerd: het democratie-argument, rechtszekerheid-argument en het trias-argument. Ik zal deze

*Constitutionele toetsing blijft de gemoederen bezig houden: een rechter verklaart een wet in formele zin strijdig met het statuut, de Hoge Raad corrigeert dat vonnis weer, maar niettemin wordt het toetsingsverbod steeds verder in opspraak gebracht, blijkens het feit dat het ook opduikt in de programma's van politieke partijen. In een dergelijke situatie is het gewenst dat in Nederland een diepgravende discussie over het voor en tegen van constitutionele toetsing gevoerd wordt. Maar welke argumenten zijn aan te voeren pro en welke contra? En in hoeverre zijn die houdbaar?*

argumenten systematisch langslopen en beoordelen in hoeverre men zich hierop terecht kan beroepen ter ondersteuning van een afwijzing van constitutionele toetsing.

## 1. Het democratieargument

Een veel gehoorde kritiek op diegenen die constitutionele toetsing voorstaan is dat het een inbreuk zou maken op het democratisch bestel. Een wet in formele zin is het produkt van de democratisch gecontroleerde wetgever, zegt men dan, en wanneer de rechter als een niet democratisch gecontroleerd orgaan vervolgens die produkten van de wetgever zou gaan toetsen dan is dat te beschouwen als een inbreuk op de democratiegedachte. Zo heeft G. van den Bergh in een bekend artikel uit het Nederlands Juristenblad (1951) gesteld dat het gaat om de vraag welke instantie bevoegd moet worden geacht in geval van een strijdigheid tussen wet en grondwet iets te ondernemen.<sup>1</sup> En dan kan men toch niet tot een ander oordeel komen dan dat interpretatie door Regering en Staten-Generaal prevaleert boven interpretatie door de rechter. Het beginsel van de onschendbaarheid der wetten noemt Van den Bergh een 'dankbaar

aanvaarde verworvenheid', een regel die behoort tot het 'diepste wezen der democratie'.<sup>2</sup>

Ook de Raad van State wees er in 1974 op dat voor het beslechten van politieke strijdpunten de politieke organen het best gekwalificeerd zijn. De politieke organen worden namelijk democratisch gecontroleerd in tegenstelling tot de rechterlijke macht.<sup>3</sup>

Het probleem met het democratieargument, zoals het wordt gehanteerd in de juridische literatuur, is dat degenen die zich erop beroepen zich niet bewust lijken te zijn van de veelheid van democratiebegrippen die in de loop der tijd ontwikkeld zijn en de problemen die verbonden zijn met een bepaald soort democratie.

Zoals Van Doorn terecht opmerkt heeft de democratiediscussie zich toegespitst in een intellectuelendebat in de Republiek van Weimar, het epicentrum van de crisis van het democratische denken in die tijd. Kelsen, Radbruch en Schmitt waren de belangrijkste deelnemers aan de discussie. Schmitt heeft een bepaald soort democratiebegrip eigenlijk het meest treffend getypeerd toen hij zei dat het communisme en fascisme weliswaar anti-liberaal waren, maar toch niet noodzakelijkerwijs anti-democratisch.<sup>4</sup> Wanneer men inderdaad elke uiting van de volkswil, ook die van het liquideren van de democratie of het aannemen van discriminerende wetgeving maar zou accepteren louter omdat het met meerderheid van stemmen is tot stand gekomen, dan zou dat inderdaad het geval zijn. De liberale rechtsfilosoof Hans Kelsen was bereid deze consequentie te nemen, een consequentie die regelrecht volgde uit zijn rechtspositivistische stellingname: recht is wat door de democratisch gecontroleerde overheid als zodanig is geproclameerd. Dit niet als recht erken-



\* P.B. Cliteur is universitair hoofddocent, afdeling Inleiding tot de rechtswetenschap, RU Leiden.

1. Bergh, G. van den, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in *Nederlands Juristenblad*, 26 mei 1951, p. 417.

2. Van den Bergh, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', p. 420. Vgl. tevens: Donner, A.M., 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten*, Nijmegen 1982, p. 41 die over 'de wetten zijn onschendbaar' zegt: 'Ik zou wel van een beginsel durven spreken'.

3. Regeringsnota juni 1974, advies van de Raad van State van de Koningin, nr. 3.

4. Doorn, J.A.A. van, *Rede en macht*, Uitgeverij Vuga BV, 's-Gravenhage 1988, p. 23.

nen op grond van politieke of morele overwegingen is derhalve ondemocratisch. Het democratiebegrip heeft alleen een formele kant, geen inhoud. Tot eenzelfde resultaat komt men ook in de Engelse traditie waar het rechtspositivisme vooral door John Austin grote invloed heeft gehad. De hoeksteen van het Engelse stelsel vormt het beginsel van de *Rule of law* maar in een geheel andere interpretatie dan daaraan gegeven wordt binnen de Amerikaanse literatuur. Van de *Rule of law* maakt volgens de Engelse doctrine deel uit het beginsel van de parlementaire soevereiniteit. Onder het beginsel van de parlementaire soevereiniteit wordt verstaan dat het parlement het recht heeft om elke wet te maken of af te schaffen die het goeddunkt. En verder: dat geen enkel persoon of orgaan het recht heeft wetgeving van het parlement buiten toepassing of ongeldig te verklaren, aldus A.V. Dicey, die wel de grote ideoloog van deze conceptie genoemd mag worden. Anders gezegd: het parlement heeft *unlimited legislative authority*. Het zijn vooral Amerikaanse politieke filosofen als Hayek, Lippmann en Kristol die het rechtspositivisme en de ongebreidelde democratieconceptie hebben bekritiseerd. Bij deze groep bevinden zich vooral veel vóór de Tweede Wereldoorlog naar de Verenigde Staten geëmigreerde Duitsers als Gottfried Dietze en John H. Hallowell die de gevaren van het onbeperkt democratiebegrip à la Kelsen aan den lijve hadden ondervonden en de ideologie achter de Reine Rechtslehre zelfs identificeren met de cynische rechtsleer van Carl Schmitt.

Hayek formuleert de aanval op de democratieopvatting van het rechtspositivisme nog het meest theoretisch doorzicht en overtuigend. Het rechtspositivisme kan geen respect opbrengen voor de principes die ten grondslag liggen aan de *Rule of Law* of Rechtsstaat omdat het hierbij gaat om principes die een beperking op de wetgevingsmacht impliceren.<sup>5</sup> En in het rechtspositivisme wil men van een dergelijke beperking niets weten. Men predikt onbeperkte bestuursmacht (*unlimited government*). Hayek ziet hier echter een groot gevaar in. De tijdelijke meerderheid wier wil gestalte krijgt in wetgeving zoals die wordt aangenomen door Regering en parlement moet zijn wil altijd onderwerpen aan de 'more general principles laid down beforehand by a more comprehensive body'. Een meerderheidsbeslissing kan zijn autoriteit niet onttelen aan een 'mere act of will of the momentary majority' maar alleen aan een 'wider agreement on common principles'. Het is noodzakelijk dat die meerderheid bereid is zich te onderwerpen aan die 'common principles' zelfs wanneer het hun direct belang zou zijn ze te schen-

den. En men dient dat niet te zien als een inbreuk op de democratiegedachte, maar hoogstens als de afwijzing van een bepaald soort, een decadent soort democratie, namelijk die van het 'unlimited government', een gedachte die in strijd is met de democratieopvatting van Hayek en een belangrijke traditie in de Amerikaanse politieke filosofie in het algemeen.

We zien dus dat het argument tegen constitutionele toetsing dat het ondemocratisch zou zijn nog niet zo eenvoudig ligt. Het hangt er maar vanaf bij welke democratische traditie men aansluiting wil zoeken: de ene democratie is de andere niet. De Amerikanen bepleiten eigenlijk een rechtsstatelijk betugelde democratie.

Een interessante vraag is het dan natuurlijk of de Nederlandse democratie meer op het Amerikaanse of meer op het Engelse model lijkt. Op historische overwegingen zou men kunnen stellen: de Nederlandse democratie is ingericht volgens Engels model. Art. 120 Gr.w proclameert duidelijk *the sovereignty of parliament*. Maar zal dat zo blijven? Gaan we hier niet geleidelijk in de richting van Marshall die met een beroep op Hamilton's *Federalist* (nr 78) altijd verdedigd heeft: 'An act repugnant to the constitution is void'?<sup>6</sup>

De meeste aanknopingspunten voor het Amerikaanse model zouden dan misschien te verwachten zijn bij de tradities die zich expliciet verzetten tegen de geest van de Franse Revolutie met haar voorliefde voor onbeperkte wetgevingsmacht. We zouden dus terecht moeten kunnen bij de anti-revolutionaire richting in de staatkunde. In de Nederlandse rechts- en staatstheorie is deze nog duidelijk aanwezig. Men vindt haar bijvoorbeeld verdedigd door A.M. Donner, maar ook door de hoogleraren Dooyeweerd (1894-1977) en Van Eikema Hommes (1930-1984).

Zeker bij Donner lijken de voorwaarden gunstig voor een verzet tegen onbeperkte wetgevingsmacht. Hij schrijft dat voor een democratische regering dezelfde eisen gelden als die sinds de achttiende eeuw überhaupt voor regeren gesteld zijn, namelijk dat het een regering *under the Rule of law* moet zijn.<sup>7</sup> De geregeerden moeten tegen de regeerders beschermd worden, zelfs wanneer het gaat om een democratisch gekozen regering, schrijft Donner: 'Het is niet te kras om te zeggen: Zij moeten tegen zichzelf en hun opwellingen en bevestigingen worden beschermd. Dat betekent dat de eis van een regering en bestuur op grond van de wet blijft bestaan en dat de bescherming gelegen in de voorwaarde dat algemene voor ieder gelijke regels de basis van het regeren moeten vormen, moet worden gehandhaafd'.<sup>8</sup>

Ook blijft het vereiste gelden, zo schrijft

Donner, dat de democratische besluitvorming constitutioneel wordt geregeld en met waarborgen ter bescherming van personen en groepen wordt omgeven. De gedachte dat wij aan zulke eisen geen behoefte meer hebben binnen een democratie, omdat het volk zichzelf regeert, moet als gezichtsbedrog worden verworpen. Donner zegt zelfs: 'Juist omdat er door de democratische overheden en meerderheden (en wie meerderheid worden wil) soms op gevaarlijke wijze met die gedachte wordt gespeeld, is er onder die regeringsvorm meer dan anders behoefte aan de handhaving van de eisen van de rechtsstaat'.<sup>9</sup>

Volgens Donner heeft de democratie geen wezenlijke verandering gebracht in de toestand dat de enen over de anderen regeren. Aan de revolutionairen zouden we volgens hem hetzelfde moeten voorhouden als aan de despoten: blijf met uw pogingen om ons gelukkig en goed te maken van het lijf.

Het lijkt gezien het bovenstaande enigszins vreemd dat Donner zich niet heeft ontpopt als een voorstander van constitutionele toetsing. In zijn bewerking van het handboek van Van der Pot schrijft hij dat de kernvraag is, wie voor de uitlegging en ontwikkeling van de Grondwet uiteindelijk meer aangewezenen moet worden geacht, de wetgever of de rechter.<sup>10</sup> En Donner kiest dan voor de wetgever.

Het is natuurlijk altijd een gevaarlijke aangelegenheid als buitenstaander te beweren dat je beter weet wat met iemands rechtspolitieke uitgangspunten harmonieert dan de persoon zelf, maar ik kan mij toch niet aan de indruk onttrekken dat het soort scepsis ten aanzien van meerderheidsbeslissingen waarmee Donner zich behept toont eerder wijst in de richting van constitutionele toetsing — een conclusie die de federalisten ook duidelijk getrokken hebben — dan een terugval op het legisme van art. 120 Grondwet.

## 2. Het rechtszekerheidsargument

Een tweede principiële bezwaar dat tegen constitutionele toetsing wordt aan-

5. Hayek, F.A., *The constitution of liberty*, Routledge & Kegan Paul, London 1976 (1960), p. 237.

6. Citaat bij: Abraham, Henry J., *The judicial process*, An introductory analysis of the courts of the United States, England and France, Fifth edition, Oxford University Press, New York Oxford 1986 (1962), p. 327.

7. Vgl. hierover: Couwenberg, S.W., *Hoe wordt de samenleving het best ingericht?*, Assen/Maastricht 1987, die onderscheidt tussen een radicaal-democratische traditie (Rousseau) en een liberaal-democratische traditie. Binnen de laatste traditie verwerpt men de democratie niet, maar wil men geen *onbegrensde* democratie. Men ziet nog het meest in een intermediair tussen regering en kiezer door middel van een parlement. Tot de liberaal-democratische traditie kan men ook rekenen de gedachte dat de wetgevende macht aan bepaalde beginselen moet worden onderworpen (*limited government*).

8. Donner, A.M., 'De ontwikkeling van het democratisch denken', in: Thomassen (red.), J.J.A., *Democratie, theorie en praktijk*, Samson Uitgeverij, Alphen aan den Rijn/Brussel 1981, p. 43.

9. Donner, 'De ontwikkeling van het democratisch denken', p. 43.

10. Pot, C.W. van der, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door A.M. Donner, elfde druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1983, p. 177.

gevoerd is dat het de rechtszekerheid ondermijnt. Immers wanneer een wet die door Regering en Staten-Generaal is uitgevaardigd door de rechter kan worden getoetst dan betekent dit dat men nooit weet of de wet van vandaag niet morgen onverbindend zal zijn. Wanneer boven de formele wet steeds als een zwaard van Damocles het rechterlijk oordeel over de grondwettigheid van de wet zou komen te hangen ontstaat een gevaar voor de rechtszekerheid, aldus de Raad van State in 1974.<sup>11</sup> Ook Prakke voert aan dat toetsing toestaan betekent dat niet alleen toekomstige maar ook de hele bestaande wetgeving kan worden getoetst. En tot welke chaos zou dat niet kunnen leiden?<sup>12</sup>

We kunnen hierop een aantal antwoorden geven. Een antwoord waarbij we ervan uitgaan dat het juist is dat constitutionele toetsing de rechtszekerheid ondermijnt, maar dat het niettemin doorgevoerd moet worden om andere, hogere waarden te dienen, en een antwoord waarbij men ontkent dat constitutionele toetsing op gespannen voet staat met de eis van rechtszekerheid. Eerst dus de situatie waarbij men erkent dat constitutionele toetsing de rechtszekerheid ondermijnt. Is daarmee de strijd eigenlijk niet al beslist? Zeker niet, immers rechtszekerheid is wel een belangrijke maar niet de enige waarde die een rechtsstelsel moet dienen. Met name Gustav Radbruch heeft het dilemma aan de orde gesteld dat rechtszekerheid op gespannen voet kan verkeren met rechtvaardigheid.<sup>13</sup> In een vroege fase van zijn ontwikkeling koos hij voor trouw aan de wet en rechtszekerheid, maar in een latere fase, nadat hij overtuigd was geraakt van het corrumperend karakter van trouw aan perfide wetgeving, koos hij nadrukkelijk voor het primaat van de gerechtigheid.

Het signaleren dat constitutionele toetsing de rechtszekerheid ondermijnt is dus op zichzelf nog onvoldoende argument tegen die toetsing. Men zal ook aannemelijk moeten maken dat aan de rechtszekerheid het primaat toekomt boven de gerechtigheid. En dat wordt in Nederland mijns inziens door Jeukens op goede gronden bestreden. Hij schrijft, met een beroep op Scholten: 'Met name onder omstandigheden, dat overwegingen van rechtvaardigheid mede in het geding komen, moet men er rekening mede houden, dat het belang van de rechtszekerheid daarvoor zal moeten wijken'.<sup>14</sup>

Een tweede manier waarop men het rechtszekerheidsargument tegemoet kan treden is het volgende. Men zou kunnen erkennen dat constitutionele toetsing weliswaar niet goed harmonieert met de eis van rechtszekerheid, maar dit enigszins relativeren door de opmerking dat de onzekerheid die toetsing met zich meebrengt niet verschilt

van de onzekerheid in andere gevallen waarin geschillen ontstaan over de toepassing van wetten.<sup>15</sup> De rechter kan nu eenmaal niet uit onder het beoordelen van kwesties waaraan een politieke dimensie te onderkennen is. Een rechter beoordeelt ook demonstraties, kraakacties, stakingen en de sluiting van kerncentrales. Dit behoort nu eenmaal tot de taak van de rechter en de marge van onzekerheid die dit met zich meebrengt kunnen we betreuren, maar niet negeren. 'Judges do not have an easy job. They repeatedly do what the rest of us seek to avoid: make decisions'.<sup>16</sup> Een derde zaak die men aan de orde kan stellen is de vraag of het wel waar is dat rechterlijke toetsing de rechtszekerheid ondermijnt. Het hangt er namelijk maar vanaf waarop de burger zich geacht wordt te oriënteren. Diegenen die het rechtszekerheidsargument hanteren gaan er kennelijk van uit dat de burger zich oriënteert op de wet die *eventueel ter toetsing wordt voorgedragen aan de rechter*. Het is vanuit dit gezichtspunt inderdaad de rechtszekerheid ondermijnend dat deze wet achteraf kan blijken ongeldig te zijn.

Maar laten we de zaak nu eens van de andere kant bekijken. Laten we aannemen dat de individuele burger zich oriënteert op het grondrecht waaraan de wet wordt getoetst. Het zou de rechtszekerheid toch ten goede komen wanneer een wet die voor de burgers a prima vista in strijd lijkt met een grondrecht zoals gewaarborgd in de grondwet ook daadwerkelijk niet zou gelden wanneer strijd met dat grondrecht bewezen kan worden. Anders gezegd: het rechtszekerheidsargument wijst niet vanzelfsprekend in de richting tegen constitutionele toetsing.

Dat laatste is zelfs des te meer het geval omdat men op goede gronden kan verdedigen dat burgers beter bekend zijn met hun grondrechten dan met allerlei andere wetgeving in formele zin. Misschien is er vanuit oogpunt van de rechtszekerheid iets voor te zeggen dat burgers juist aan de grondrechten verwachtingen mogen ontleen omtrent het gedrag van de overheid en in mindere mate aan andere wetgeving.

### 3. Het trias-argument

Verder wordt ook vaak betoogd dat constitutionele toetsing niet in ons bestel zou passen omdat het een afwijking vormt van de leer van de trias politica die weliswaar niet zonder inbreuken geldt in ons staatsbestel, maar die daar toch wel het uitgangspunt voor vormt. Het toekennen van een beoordelende functie met betrekking tot wetgeving door de rechter zou zo'n sterke inbreuk op de trias-leer zijn dat dit niet verantwoord is.

Met betrekking tot de trias-leer kan

men echter weer dezelfde kant uit als met het democratieargument: het hangt er maar vanaf op welke variant van het trias-denken men zich wenst te oriënteren. Constitutionele toetsing vormt inderdaad een inbreuk op de trias politiceer in de Franse variant. De Fransen hebben na de Franse Revolutie de gedachte van de volkssoevereiniteit sterk op de voorgrond geplaatst en het toestaan van constitutionele toetsing werd hiermee strijdig geacht. Niet de rechter, maar de wetgever is immers representant van het soevereine volk. Het is dus zeker zo sterk de invloed van Rousseau die we hier zien doorwerken als die van Montesquieu.

De Amerikanen hebben zich echter laten inspireren door de politieke filosofie van de federalisten die redenen aanvoerden waarom het verantwoord is aan de rechterlijke macht bepaalde extra bevoegdheden toe te bedelen.

De theoretische basis voor judicial review vinden we in de Federalist Papers: nr 78 geschreven door Publius, dat wil zeggen: Hamilton.

Hamilton schrijft hier dat de rechterlijke macht, gegeven een scheiding van machten zoals voorgestaan door Montesquieu, altijd de minste bedreiging vormt voor de burgers.<sup>17</sup> De uitvoerende 'holds the sword of the community', de wetgevende 'commands the purse' en schrijft de rechten en verplichtingen van de burgers voor, de rechterlijke heeft noch de zwaarmacht noch de rechten van de wetgevende macht: 'It may truly be said to have either Force nor Will but merely judgement; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments'.<sup>18</sup> De rechterlijke macht kan dan ook worden gezien als de 'weakest of the three departments of power'.

Bovendien beroept Hamilton zich erop dat wie werkelijk ernst wil maken met het idee van de 'limited Constitution', dat wil zeggen een constitutie die bepaalde beperkingen opwerpt aan de wetgevende macht, rechterlijke toetsing zal moeten erkennen.<sup>19</sup> Het moet uitgesloten worden geacht dat een wetgevende macht bijvoorbeeld *ex post facto* wetten aanneemt. Welnu:

11. Regeringsnota juni 1974, advies van de Raad van State aan de Koningin, nr 3.

12. Prakke, Lucas, *Toetsing in het publiekrecht*, Van Gorcum & Comp. NV, Assen 1972, p. 20.

13. Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen 1959 (1947), p. 32. En tevens: Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Achte Auflage, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, K.F. Koehler Verlag Stuttgart 1973, p. 166.

14. Jeukens, H.J.M., *De wetten zijn onschendbaar*, rede 1963, p. 20.

15. Hierop wordt gewezen door: Koekoek en Konijnenbelt, 'Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene grondwet', p. 14.

16. Pannick, David, *Judges*, Oxford University Press, Oxford New York 1987, p. 1.

17. *Federalist Papers*, James Madison, Alexander Hamilton and John Jay, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, p. 437.

18. *Federalist Papers*, p. 437.

19. *Federalist Papers*, p. 438.

'Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.'

De constitutie moet gezien worden als 'fundamental law' en geen enkele daad van wetgeving die met die constitutie in strijd is kan geldig zijn. Het rechterlijk toetsingsrecht kan zo gehanteerd worden als een bolwerk tegen overhaaste meningsvorming en het schenden van de rechten van minderheden. We zien dus dat Hamilton zich, net als Montesquieu, wel beroept op de idee van het machten-evenwicht, maar dat hij juist vindt dat dit beter gerealiseerd kan worden wanneer constitutionele toetsing wordt geaccepteerd.

Hierbij zal ik het laten wat betreft een beoordeling van de principiële argumenten tegen toetsing. Het blijkt dat de 'principiële' tegenstanders heel wat minder sterk staan wanneer we hun argumenten in rechtsvergelijkend en politiek filosofisch perspectief plaatsen. De tegenstanders van constitutionele toetsing spreken over 'democratie' en 'machtenscheiding' op een manier alsof het hier om gereïficeerde eenduidige zaken gaat, terwijl in feite meerdere democratieopvattingen en meerdere opvattingen van machtenscheiding mogelijk zijn.

We zullen ons nu wenden tot de pragmatische argumenten tegen toetsing. Die kunnen we samenvatten onder de volgende noemers:

- het traditieargument
- het argument van de rechterlijke incompetentie
- het argument dat verandering legitimatie behoeft.

Het traditieargument markeert eigenlijk de overgang van de meer principiële argumenten die tegen de toetsing zijn aan te voeren naar de pragmatische argumenten.

#### 4. Het traditie-argument

Een van de argumenten die vaak tegen constitutionele toetsing worden aangevoerd is dat het een instituut is dat niet past in ons bestel. We vinden dan vaak een beroep op de Nederlandse staatkundige traditie als tenderend in de richting van een eenheidsstaat die van een federalistisch systeem goed onderscheiden dient te worden. In de federale staatsvorm is de functie van de rechter onder andere het waarborgen van de grondwettelijke positie van de deelstaten tegenover het federale gezag.<sup>20</sup> Dat is gerealiseerd in de Verenigde Staten en de Bondsrepubliek Duitsland, maar niet in Nederland. Het zou derhalve niet voor de hand liggen een aan de Neder-

landse rechtscultuur zo wezensvreemde aangelegenheid te introduceren.

Laten we dit eens beoordelen. Een beroep op het feit dat iets wel of niet in een bepaald rechtsstelsel past is natuurlijk altijd op goede gronden mogelijk. Men dient echter ervoor te waken dat men niet te zeer rechtsstelsels gaat zien als statische gegevenheden waarin geen enkele ontwikkeling mogelijk is. Een rechtsstelsel is in ontwikkeling en rechterlijke toetsing is in vele rechtsstelsels geleidelijk geïntroduceerd. Vaak ging het daarbij om rechtsstelsels waarvan men in het verleden ook niet verwacht had dat deze eens tot rechterlijke toetsing zouden overgaan.

Dat was al het geval in de Verenigde Staten.<sup>21</sup> De constitutie van de Verenigde Staten gaf het Supreme Court niet direct de bevoegdheid tot rechterlijke toetsing (*judicial review*). Het is er echter langzaam 'ingeslopen'<sup>22</sup>, namelijk bij de kwestie *Marbury v. Madison* (1803). Daarbij is vastgesteld dat de hoogste rechter oordeelt over de mate waarin wetten, zelfs federale wetten, in overeenstemming zijn met de constitutie. De *judicial review* werd aanvankelijk slechts met morren geaccepteerd. Thomas Jefferson was er tegen bijvoorbeeld. Maar het vond toch geleidelijk ingang, zij het op een voorzichtige manier. Na *Marbury v. Madison* werd het vijftig jaar niet toegepast. Pas met de *Dred Scott*-case (1857) werd het weer gehanteerd.

Gedurende de negentiende eeuw heeft men een zeer beperkt gebruik gemaakt van *judicial review* en waarschijnlijk heeft niemand kunnen vermoeden hoe belangrijk het eens nog zou worden.<sup>23</sup> Ook in andere landen is het, vaak naar Amerikaans voorbeeld, ingevoerd, zoals in Oostenrijk, Denemarken, Duitsland, Italië, Cyprus, Turkije en Joegoslavië. Zwitserland en Noorwegen kennen het al bijna een eeuw.<sup>24</sup> Dit betekent natuurlijk niet dat ook Nederland geroepen zou zijn het in te voeren, maar wel dat men op z'n minst voorzichtig moet zijn met de stelling dat het al dan niet past in een bepaald bestel op historische gronden.

Wat bij een beroep op het niet passen van constitutionele toetsing in het Nederlandse bestel soms over het hoofd wordt gezien is ook dat de functie van een bepaald verschijnsel kan wijzigen. Dat geldt ook met betrekking tot constitutionele toetsing. Jeukens geeft aan dat het weliswaar de functie van de rechter is in een federaal systeem om ten aanzien van de wet de grondwet te handhaven, maar hoewel deze functie historisch gezien misschien sterk op de voorgrond is getreden is dat tegenwoordig zeker niet meer de enige. Daarnaast heeft de rechterlijke toetsing de functie gekregen van het verlenen van bescherming van de burger tegenover de wetge-

ver en de bescherming van de burgerlijke vrijheden.<sup>25</sup>

#### 5. Het argument van de rechterlijke incompetentie

Ook wordt vaak aangevoerd dat de rechter voor constitutionele toetsing niet toegerust zou zijn.

Men kan hier verschillende varianten van argumentatie onderkennen. Allereerst stelt men wel de vraag in hoeverre de Nederlandse rechter zal wennen aan het toetsingsrecht. Sommige rechters zullen niet zich onprettig voelen bij activistisch rechterlijk optreden, maar zal dat voor iedere rechter gelden?

Een tweede probleem dat men zou kunnen aanvoeren (wat overigens met het vorige wel nauw samenhangt) is dat dit feit met zich meebrengt dat sommige rechters niet zullen toetsen omdat anderhalve eeuw onschendbaarheid de rechter vermoedelijk niet in de koude kleren is gaan zitten, zoals Prakke stelt, en hij er bovendien wel voor op zal passen, zijn traditioneel groot, maar niet onaangevochten gezag in de waagschaal te stellen door een gedurfd uitoefening van zijn toetsingsrecht.<sup>26</sup>

Hierbij kan men echter vraagtekens plaatsen. Waarom zou de rechter voor constitutionele toetsing niet toegerust zijn? De rechter toetst lagere bepalingen aan hogere wetten en wetten aan verdragen. Diegenen die stellen dat de rechter voor constitutionele toetsing niet is toegerust zouden dan toch op z'n minst duidelijk moeten maken waarom de andere taken door de rechter wel kunnen worden vervuld, zoals toetsing van lagere wetgeving aan hogere wetgeving en toetsing van wetten in formele zin aan verdragen. Wanneer we de rechter vergelijken met de wetgever springt direct in het oog dat het vooral de rechter is die ervaring heeft in het toetsen

20. Jeukens, H.J.M., *Toetsing door de rechter van de wet aan de grondwet*, preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1967, p. 64.

21. Helder overzichten van het Amerikaanse systeem van *judicial review* vindt men in: Abraham, *The judicial process*, Friedman, Lawrence M., *American law*, An introduction, W.W. Norton & Company, New York London 1984 en Fisher, Louis, *Constitutional dialogues*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1988.

22. Vgl. Thayer, 'The origin and scope of the American doctrine of constitutional law', in: *Harvard Law Review*, 7 (1893), p. 17.

23. Vgl. David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Huitième édition par Camille Jauffret-Spinozi, Dalloz 1982 (1964), p. 449: 'Ce contrôle de constitutionnalité est d'une importance extrême car, par ce moyen, on impose aux juridictions, aussi bien qu'au législateur, le respect de certains principes fondamentaux et l'on assure ainsi, dans toute la mesure où la chose paraît nécessaire, l'uniformité du droit au sein des États-Unis'. Vgl. hierover ook: Buckley, Jr., William F., *Up from liberalism*, Stein and Day, New York 1984 (1959), p. 187: 'In a free society the people would cherish a selfdenying ordinance under which they would never use their political power in such fashion as to diminish the area of human freedom'. Dat wil zeggen dat in een vrije maatschappij het gebruik van de politieke vrijheid sterk beperkt is, schrijft Buckley. Dat is het idee achter constitutionalisme.

24. Cappelletti, Mauro & Adams, John Clarke, 'Judicial review of legislation: european antecedents and adaptations', in: *Harvard Law Review*, Vol. 79 (1966), p. 1208.

25. Jeukens, *Toetsing door de rechter van de wet aan de grondwet*, p. 66.

26. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, p. 24.

van wetten. Men kan natuurlijk verdedigen dat het gewenst is dat niet de rechter maar de *wetgever* dit doet, omdat de wetgever democratisch gecontroleerd wordt en omdat de rechter zich niet in politiek vaarwater mag begeven of welke reden ook maar, maar het is niet onmiddellijk duidelijk waarom de rechter voor deze taak niet toegerust zou zijn in de zin dat hij de technische bekwaamheid hiertoe zou missen.<sup>27</sup> Het is dan ook niet vreemd dat Thorbecke van meet af aan het toetsingsverbod bekritiseerde. Hij was van mening dat het toenmalige artikel over de onschendbaarheid der wetten aan de wetgever de beslissing liet over de uitleg van de Grondwet.<sup>28</sup> En dat zou nu juist niet de bedoeling zijn.

Ook het argument dat het gezag dat het rechterlijk oordeel in gevaar zou komen wanneer de rechter zich over zou geven aan constitutionele toetsing lijkt niet doorslaggevend. Nu toetst de rechter immers ook wetten aan verdragen en lagere wetgeving aan de Grondwet. Heeft zijn gezag daaronder geleden? Integendeel, het is groter dan ooit tevoren. Het valt dan ook niet in te zien dat dit zou veranderen door de introductie van constitutionele toetsing.

Laten we ons richten op een volgend bezwaar tegen toetsing.

## 6. Het argument dat verandering legitimatie behoeft<sup>29</sup>

Men kan zeggen, zoals het is, is het goed, de vernieuwers moeten dus sterke argumenten aandragen om de situatie te veranderen.

Ten slotte heeft het Nederlandse rechtstelsel toch niet slecht gevaren bij een toetsingsverbod. Waarom ons begeven in het constitutioneel avontuur van de rechterlijke toetsing? Zolang de bestaande situatie geen reden geeft tot ernstige klachten, onthoude men zich van experimenten, aldus Van der Pot/Donner en ook Prakke beëindigde zijn dissertatie over het toetsingsrecht met soortgelijke opmerkingen.<sup>30</sup>

Van dit argument kan men een meer alledaagse pragmatische variant onderscheiden en een meer theoretisch gefundeerde. De pragmatische variant is: waarom veranderen als het goed is? Een verandering vergt een verantwoording, het alles bij het oude laten niet. Er is echter ook nog een theoretisch gefundeerde variant van dit argument en die vinden we het meest welsprekend verwoord bij auteurs als Edmund Burke en David Hume, de grondleggers van het conservatisme, een leer die nog altijd de meest overtuigende perspectieven biedt voor het legitimeren van instituties, beginselen en procedures, hoe gebrekkig ook. Hume zegt: met regeringsvormen (en we zouden dat analoog kunnen betogen voor constitutionele principes) is

het niet als met andere produkten van menselijk vernuft. Wanneer een oude machine niet meer deugt dan schuiven we die terzijde. Met een regeringsvorm ligt dat echter anders, omdat een bestaande regeringsvorm nog altijd het oneindig voordeel heeft boven een gedachtenconstructie dat de eerste bestaat. 'To tamper (...) in this affair, or try experiments merely upon the credit of supposed argument and philosophy, can never be the part of a wise magistrate, who will bear reverence to what carries the marks of age'.<sup>31</sup> Hume rechtvaardigt dat principe door ernaar te verwijzen dat het grootste gedeelte van de mensheid niet door redelijke argumenten wordt overtuigd, maar dat men autoriteit toeschrijft aan dat wat de aanbeveling heeft van een respectabele leeftijd. Misschien een wat vreemd argument voor een tijd waarin het afrekenen met tradities en oude modes de nieuwe mode is geworden. Maar Hume heeft ook nog een ander en beter argument: het bestaande heeft zich bewezen. Van der Pot/Donner formuleren het in een parafrasering van het denken van Burke als volgt: 'de vaak onuitgesproken en zonder nadenken overgenomen gewoonten, waarden en levenspatronen, die de maatschappelijke samenhang uitmaken, hebben een zekere redelijkheid in zich, die het gearticuleerde denken wel kan nadenken, maar niet kan creëren. De gemeenschappelijke, langzaam gegroeide en vaak beproefde tradities en vooroordelen bevatten een stuk wijsheid, dat de maatschappij verder brengt en beter dient dan welke theorie ook'.<sup>32</sup>

Op dit conservatief pleidooi zijn een aantal zaken naar voren te brengen waaruit kan blijken dat het niet eenzijdig wijst in de richting tegen constitutionele toetsing. Allereerst dient te worden gezegd dat het niet verstaan kan worden als een argument om maar niets te doen. Burke realiseerde zich dat terdege toen hij de paradoxale opmerking maakte dat we de bestaande toestand alleen maar hetzelfde kunnen houden door te veranderen. *Preserve by changing*. Veranderingen dienen echter wel geleidelijk te geschieden en voorzichtig. Het is een pleidooi voor zowel *piecemeal engineering* als *trial and error*. Deze twee niet met elkaar te identificeren manieren van doen houden respectievelijk in: 1. het stukje bij beetje veranderen (een pleidooi voor telkens kleine veranderingen dus) en wel 2. door middel van test en het overzien van het resultaat. Toegepast op ons onderwerp betekent dit dat invoering van het toetsingsrecht geleidelijk zou moeten geschieden. Het zou dus een argument kunnen opleveren voor bijvoorbeeld het alleen toetsen aan de klassieke grondrechten.

Een tweede opmerking die over het be-

roep op het feitelijk bestaande gemaakt moet worden is dat dit argument in het bijzonder sterk is wanneer men een tegenstelling maakt tussen een blauwdruk en bestaande realiteit. Een zij het niet perfect, maar dan toch altijd nog redelijk functionerend instituut dient men niet overhaast te vernietigen omdat men denkt vanuit het niets iets heel nieuws te kunnen scheppen. De tegenstanders van toetsing vinden het aantrekkelijk zich hierop te beroepen: toetsing introduceren is een constitutioneel avontuur. In het geval van toetsing ligt de zaak echter anders. Hier gaat het niet om het vergelijken van een louter aprioristische, achter een sluier van onbekendheid bij elkaar gefantaseerd geheel van denkbeelden van een paar filosofen met een bestaand, beproefd en getest systeem, maar om het vergelijken van twee *bestaande systemen* namelijk het Amerikaanse en het Engelse. Het systeem van toetsing is dus net zo getest en beproefd als het systeem functionerend overeenkomstig art. 120 Gr.w, zij het dan alleen niet of minder (toetsingservaring hebben we wel met lagere wetgeving) binnen de Nederlandse landsgrenzen.

Hierbij zal ik het laten wat betreft de beoordeling van de argumenten tegen toetsing. Laten we ook eens bezien welke argumenten vóór toetsing zijn aan te voeren. Het zijn: het verdragsargument, de veranderde houding ten opzichte van de wet, het argument van het primaat van de grondrechten, het argument van de falende wetgever.

## 7. Het verdragsargument

Volgens Jeukens is er een aantal tendensen te constateren die 'als het ware convergeren in een tendens naar rechterlijke toetsing'.<sup>33</sup> Een van de zaken die dan altijd worden aangevoerd, is wat we zouden kunnen noemen het verdragsargument. In relatie tot het Verdrag van Rome is de onschendbaarheid van de wet al opgeheven. Dat brengt met zich mee dat de huidige situatie,

27. In Europese context geldt overigens al dat de rechter ten opzichte van de formele wet eenzelfde positie inneemt als ten opzichte van een provinciale of gemeentelijke verordening. Vgl. hierover Van Maarseveen, 'Een enkelvoudige rechtsorde', in: *NJB*, 10 juni 1989, p. 779.

28. Alkema, E.A., *Een meerkeuze-toets*, De rechter en de internationale rechtsorde (rede), W.E.J. Tjeenk Wilink, Zwolle 1985, p. 2.

29. Of: 'When it is not necessary to change it is necessary not to change'. Het adagium wordt toegeschreven aan Lord Falkland. Vgl. Kirk, Russell (ed.), *The portable conservative reader*, Penguin Books, Harmondsworth 1982, p. xii.

30. Van der Pot/Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 178.

31. Hume, David, 'Idea of a perfect commonwealth', in: *Essays moral, political and literary*, Edited and with foreword, notes, and glossary by Eugene F. Miller, Liberty Classics, Indianapolis 1985 (1777), p. 512.

32. Van der Pot/Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, p. 36.

33. Jeukens, *Toetsing door de rechter van de wet aan de grondwet*, p. 71. Vgl. tevens: Eindrapport van de staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet. Staatsuitgeverij, p. 493 en Kortmann, C.A.J.M., *De grondwetsherziening 1983*, Kluwer, Deventer 1983, p. 34 die opmerkt dat het Nederlandse systeem zo langzamerhand een uitzondering wordt in West-Europa.



waarbij toetsing aan de grondwettelijk gewaarborgde burgerlijke vrijheden niet mogelijk is, een 'duidelijke incongruentie' inhoudt, zoals de staatscommissie het geformuleerd heeft.<sup>34</sup> Het gaat hier om een anomalie die beter uit het systeem van de Grondwet verwijderd zou kunnen worden, wordt daaraan toegevoegd. Het is vreemd dat een wet niet getoetst kan worden aan de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, maar wel aan hetzelfde grondrecht zoals neergelegd in het Verdrag van Rome. Dit is inderdaad een sterk argument voor toetsing. Vasthouden aan de onschendbaarheid van de wet in nationale verhoudingen terwijl dit principe internationaal al lang is opgegeven maakt een halfslachtige indruk.

### 8. Een veranderde houding ten opzichte van de wet

Wordt het verzet tegen toetsing ook niet geïnspireerd door een wat verouderde houding tegenover de wet?<sup>35</sup>

De onschendbaarheid van de wet paste geheel in het geestelijk klimaat van de vorige eeuw: men had een groot vertrouwen in de wetgever. 'Parlementaire behandeling, gemeen overleg tussen monarch en volksvertegenwoordiging verzekerde de totstandkoming van rechtvaardige wetten en waarborgde de burgerlijke vrijheid'.<sup>36</sup>

Thorbecke omschreef de volksvertegenwoordiging als het verstandige deel der natie.

Nauw hiermee samenhangend is ook de legistische theorie. Het is niet voor niets dat de onschendbaarheid van wetgeving in de grondwet werd vastgelegd in een tijd dat het legisme een belangrijke stroming in de rechtswetenschap was.<sup>37</sup>

Hoe kijken we daar nu tegen aan? Het is duidelijk: dit alles behoort tot het verleden. Vaak wijst men in dit kader ook op de wijziging van de cassatiegronden in artikel 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie waarin men sinds 1963 spreekt van schending van het recht en niet meer schending van de wet. Van Maarseveen heeft opgemerkt dat dit ook een verandering heeft gebracht in

de onschendbaarheid van de wet.<sup>38</sup> Art. 120 Gr. w zou men in dat opzicht kunnen beschouwen als een overblijfsel uit vergane tijden.

### 9. Het argument van het primaat van de grondrechten

Een argument voor toetsing kan ook zijn de betekenis van de grondrechten.<sup>39</sup> Steeds sterker zijn die in de belangstelling komen te staan, maar anderzijds is er een gevoel dat de wijze waarop de grondwet de burgerlijke vrijheden waarborgt niet beantwoordt aan de actuele behoefte. De meest doeltreffende wijze om te verwezenlijken dat de grondrechten meer nadruk krijgen is het toekennen van de toetsingsbevoegdheid, aldus de staatscommissie.<sup>40</sup> Nauw verweven met de grondrechten zijn ook de rechtsbeginselen die zich in een toenemende belangstelling mogen verheugen. Wet en recht zijn niet langer identiek. Een louter beroep op de wet wordt als formalistisch en legistisch gezien, aldus Jeukens.<sup>41</sup> 'Door onze gehele rechtsorde loopt als een rode lijn de gedachte om de wet te interpreteren naar de eisen van redelijkheid en billijkheid, rekening te doen houden met beginselen van behoorlijk bestuur, de rechter in staat te stellen in de gevallen, waarin van hem een uitspraak wordt gevraagd, zo volledig mogelijk materieel recht te spreken'.<sup>42</sup> Jeukens acht die ontwikkeling in het vertrouwen van abstracte naar concrete rechtsvinding geheel in overeenstemming met onze moderne wijze van denken, te weten existentieel en concreet. Of we nu nog zo 'existentieel' denken als in de hoogtijdagen van Sartre en Merleau-Ponty valt te betwijfelen, maar dat beginselen in opmars zijn en dat een beroep op de wet alleen wat star en legistisch wordt ervaren is duidelijk.

### 10. Het argument van de falende wetgever

Onder deze noemer zouden we tenslotte een aantal klachten over het functioneren van de wetgever kunnen samenbrengen. De wijze van besluitvorming

wordt tegenwoordig minder beheerst door het openbaar debat dan vroeger het geval was, volgens Jeukens.<sup>43</sup> Het zwaartepunt van het wetgevingsproces is veel sterker bij de regering komen te liggen dan bij het parlement. Verder kan men wijzen op de ruime mogelijkheden van delegatie. De contemporaine wetgever, schrijft Van Maarseveen, werkt met vage normen en een ruime delegatie, al dan niet onder algemene titel, en doet het formele wetsbegrip dikwijls tot loze vorm worden, waarin slechts beleids- of bevoegdheidsbeslissingen worden gegoten.<sup>44</sup>

Alkema wijst ook op het feit dat parlementaire meerderheid en regering tegenwoordig tegen heug en meug door een gedetailleerd regeringsakkoord aan elkaar zijn geklonken. In een dergelijke situatie kan men zeggen dat de zo geproduceerde wetten legitimiteit missen wanneer zij slechts steunen op een geforceerd overwicht. 'De wetgever is dan meer beducht voor het uiteenvallen van de coalitie dan gedacht op gave wetten'.<sup>45</sup>

Verder brengt Kortmann onder de aandacht dat men zich onder de huidige omstandigheden ook kan afvragen of de wetgever wel de meest geschikte instantie is om de vrijheid van de burgers te waarborgen. De aandacht lijkt zo sterk geconcentreerd te zijn op de behoeftebevrediging van allerlei maatschappelijk

34. Tweede rapport van de staatscommissie van advies inzake de Grondwet en Kieswet (Staatscommissie Cals/Donner), Staatsuitgeverij, p. 38.

35. Vgl. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar*, p. 8 en Holterman, Thom, *Argumentatieve willekeur en de beoefening van de staatsrecht-wetenschap*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1988, pp. 118-135.

36. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar*, p. 9.

37. Vgl. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar*, p. 14.

38. Maarseveen, H. van, 'De wetten schenden', in: *Nederlands Juristenblad*, 12 maart 1966, nr 11, p. 253 en 255.

39. Vgl. tevens: *Tweede rapport*, p. 35 en 37 waar gesproken wordt over de bijzondere plaats die de grondrechten in het geheel van de Grondwet innemen en: Alkema, *Een meerkeuzetoets*, p. 16.

40. *Tweede rapport*, p. 37.

41. Jeukens, *Toetsing door de rechter van de wet aan de grondwet*, p. 72. Interessant is in dit opzicht ook het standpunt van Habermas in zijn Tanner-lectures. Recht dient zowel legaal als legitiem te zijn. Vgl. Habermas, Jürgen, *Recht en moraal*, Twee voordrachten, Ingeleid door Wibren van der Burg en Willem van Reijen, Uitgeverij Kok Agora, Kampen 1988, p. 49 e.v.

42. Jeukens, *Toetsing door de rechter van de wet aan de grondwet*, p. 72.

43. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar*, p. 10.

44. Van Maarseveen, 'De wetten schenden', p. 254.

45. Alkema, E.A., 'Het statuut of een statuut voor toetsing van de wet?', in: *NJCM* 13, nr 7, p. 617 en Alkema, *Een meerkeuzetoets*, p. 17.

ke (pressie)groeperingen, dat de vrijheid van het individu – en dan vooral het niet georganiseerde individu – gemakkelijk in de knel komt.<sup>46</sup>

## 11. Conclusie

Laat ik tot een afronding komen. De argumenten tegen toetsing overziend kan gezegd worden dat deze niet doorslaggevend zijn. Het verbod van constitutionele toetsing paste in een andere tijd, in een tijd van onbegrensd vertrouwen in de wetgever en het geschreven recht om het gedrag van mensen te reguleren. Dat vertrouwen in de wetgever is afgebrokkeld en het geschreven recht neemt niet langer de plaats in die de ideologen van de Franse Revolutie daaraan toekenden. Het geval van de Harmonisatiewet en de commotie daaromheen leren ons ook dat er bij het publiek behoefte bestaat aan rechtsbescherming tegen gebrekkige wetgeving van de overheid. Constitutionele toetsing kan aan deze rechtsbescherming een bijdrage leveren. Wanneer men niettemin huiverig blijft voor het introduceren van de mogelijkheid van constitutionele toetsing in het algemeen zou een voorzichtige invoering daarvan door het openen van toetsing aan de klassieke grondrechten een interessant constitutioneel experiment kunnen opleveren. Voor een dergelijke invoering echter zijn beslag kan krijgen is het nodig de discrepantie te beseffen tussen een tweemaal rechtspolitieke 'Weltanschauungen'. Met het weergeven daarvan zal ik deze analyse beëindigen.

We hebben al gezien dat het bij de toetsingskwestie niet alleen gaat om een interessant technisch-juridisch onderwerp, maar dat iemands visie op het recht en ideologische houding in het algemeen aan de orde zijn. Om welke tegenstelling gaat het bij de toetsingskwestie? Het gaat om niets minder, schrijft Prakke, dan de confrontatie van twee fundamentele aspiraties van de nieuwe tijd. Men kan ze aanduiden als democratie en rechtsstaat. Bij de democratie gaat het om de zelfbepaling van een volk, bij rechtsstaat vooral om de normgebondenheid van het publiek ge-

zag. Men kan die tegenstelling ook kort en bondig met de termen actie en beperking kenschetsen: de democratie is actie, rechtsstaat beperking. Op de achtergrond ligt dan een conflict tussen 'majority rule' en 'minority rights'.<sup>47</sup>

Wanneer men de toetsingskwestie in verband brengt met de spanning tussen democratie en rechtsstaat<sup>48</sup> dan is het niet zo vreemd dat dit veel emoties oproept. Het gaat om een groot verschil in rechtsfilosofische uitgangspunten. We vinden vooral daar een pleidooi voor rechterlijke toetsing waar het wantrouwen tegenover meerderheidsbeslissingen het sterkste is, in de traditie van het Amerikaans constitutionalisme en liberale denkers die zich hierdoor hebben laten inspireren, zoals Hayek. Een onbeperkte democratie was voor de Amerikaanse founding fathers verbonden met een heerschappij van de volksmassa.<sup>49</sup> Dat zou een regime zijn dat onderhevig was aan de emotionele bevingingen van de dag. Het dilemma wordt voorbeeldig onder woorden gebracht door de pessimist Hamilton. 'Give all power to the many, they will oppress the few. Give all power to the few, they will oppress the many'.<sup>50</sup> De founding fathers waren met het democratische systeem op zichzelf nog lang niet tevreden. Ook zouden er duidelijke waarborgen geschapen moeten worden tegen machtsmisbruik. In beginsel achten zij het mogelijk dat een democratische regering een totalitaire regering is.

Men kan het met Prakke eens zijn dat het bij de vraag van constitutionele toetsing inderdaad gaat om een confrontatie van twee fundamentele aspiraties van de nieuwe tijd. We hebben echter gezien dat het niet gerechtvaardigd is deze zonder meer aan te duiden als de tegenstelling tussen democratie en rechtsstaat. Het huis van de democratie kent verschillende kamers, op z'n minst twee. Een volgens de Franse principes (dat wil zeggen Rousseauïstische ideeën ingerichte kamer) en een kamer ingericht volgens de beginselen van de Amerikaanse rechtsstatelijk beteelde democratie. Het gaat eigenlijk om de tegenstelling tussen *limited government* en *unlimited government*; om de vraag of

de wetgever gebonden is aan bepaalde beginselen zoals te vinden in een constitutie of dat de regering in samenwerking met de volksvertegenwoordiging oppermachtig is.<sup>51</sup> In de Nederlandse staatsrechtelijke discussie in de vraag naar constitutionele toetsing onder die noemer nog onvoldoende besproken.

46. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, p. 34. Vgl. hierover ook: Kinneking, A.A.M., *Liberalisme*, een speurtocht naar de filosofische grondslagen, Prof. mr B.M. Teldersstichting, 's-Gravenhage 1988, p. 115.

47. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, p. 15.

48. Onder andere door: Koekkoek en Konijnenbelt, *'Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene grondwet'*, p. 13.

49. Vgl. hierover Babbitt, Irving, *Democracy and leadership*, Foreword by Russell Kirk, Liberty Classics Indianapolis 1979 (1924).

50. Citaat bij: Arblaster, Anthony, *The rise & decline of western liberalism*, Basil Blackwell, Oxford New York 1984, p. 76.

51. Men typeert het dilemma ook nog wel eens als een tegenstelling tussen recht en politiek. Dat vindt je bijv. bij Van Maarseveen. Over het wantrouwen jegens toetsing bij politici schrijft hij: 'Dat landelijke politici grote moeite daarmee hebben ligt in hun machts-hongerige en regellustige natuur. Rechter en advocaten zouden dat niet moeten hebben'. Maarseveen, H. van, 'Toetsing aan het statuut', in: *Nederlands Juristenblad*, 3 september 1988, afl. 29, p. 1042.